



**EL ACUERDO
EXTRAJUDICIAL DE
PAGOS EN EL TEXTO
REFUNDIDO DE LA
LEY CONCURSAL Y
EN LA PRÁCTICA
RECIENTE**

RICARDO
CABANAS
TREJO,
AMANAY
RIVAS
RUIZ



AFERRE

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente

RICARDO CABANAS TREJO
AMANAY RIVAS RUIZ
Notarios de Fuenlabrada (Madrid)



Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, cualquiera que sea su medio (mecánico, electrónico, por fotocopia, etc.) sin la autorización expresa de los titulares del copyright.

© AFERRE EDITOR S.L. 2020

© Autores 2020

Diseño de cubierta: Clara Batllori

Pimera edición octubre 2020

ISBN: 978-84-122199-8-2 (papel)

ISBN: 978-84-122199-9-9 (digital)

Depósito Legal: B 18523-2020

Edita: AFERRE EDITOR S.L.

Gran Vía de les Corts Catalanes, 510

08015 Barcelona

Telf.: (+34) 934 54 81 80

Email: aferreeditor@gmail.com

Impresión y encuadernación: Ulzama Digital

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ÍNDICE

ABREVIATURAS

CAPITULO I. Presentación

1. Las instituciones para-concursales.
2. El despliegue legal del acuerdo extrajudicial de pagos.
3. El texto refundido de la Ley Concursal.
4. Un expediente complejo y plural.
5. Sus dificultades en la práctica.
6. Propósito de la obra.
7. La situación creada por el estado de alarma provocado por el COVID-19.
8. Perspectivas de reforma por la Directiva 2019/1023.

CAPITULO II. Presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos.

I. Presupuesto general.

1. Condiciones de acceso.
- A) Presupuesto objetivo.
 2. La insolvencia del deudor.
- B) Presupuesto subjetivo.
 3. La personalidad.
 4. ¿Un expediente necesariamente individual?
 5. La Buena Fe del deudor.
 6. La nacionalidad del deudor.
 7. La voluntad del deudor.
 8. ¿Una o dos modalidades de AEP?

II. Presupuesto especial para el deudor persona natural.

9. Estimación de pasivo.

III. Presupuesto especial para el deudor persona jurídica.

10. Requisitos adicionales.

IV. Prohibiciones.

11. Prohibiciones legales.
12. Comprobación.
13. Otras limitaciones.

CAPITULO III. Solicitud de nombramiento de mediador concursal

1. Un procedimiento rígido.

2. ¿De quién puede partir la solicitud?
 - i. Deudor persona jurídica.
 - ii. Deudor persona física.
3. ¿Qué documentación debe aportarse para la admisión de la solicitud por el instructor?
 - i. La solicitud de nombramiento del MC.
 - ii. Inventario de bienes.
 - iii. Listado de acreedores.
 - iv. Contabilidad.
 - v. Trabajadores.
 - vi. Irregularidades en la información.
 - vii. Firma del formulario.
 - viii. Documentación complementaria.
 - ix. ¿Cuáles son los efectos de no aportar la exacta documentación complementaria al formulario requerida por la OM JUS/2831/2015?
4. ¿A quién debe dirigirse dicha solicitud? el instructor del expediente.
5. Delimitación competencial.
6. Competencia registral.
7. Empresario a efectos pre-concursales.
8. Competencia notarial.
 - i. Consumidor.
 - ii. Persona jurídica no empresaria y no inscribible en el Registro Mercantil.
 - iii. Persona jurídica empresaria no inscribible en el Registro Mercantil.
 - iv. Sociedades civiles.
9. Competencia de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.
10. ¿Qué actuaciones debe desarrollar el instructor destinatario de la solicitud?
11. Comprobaciones del instructor.
 - i. Valoración de la propia competencia.
 - ii. Presupuestos.
 - iii. Requisitos documentales.
 - iv. Aceptación.

12. Retribución del instructor.

CAPITULO IV. El mediador concursal. Naturaleza jurídica, requisitos, funciones y retribución.

1. Una figura singular.

2. Naturaleza jurídica.

i. La voluntariedad de las partes.

ii. La confidencialidad.

iii. La independencia.

iv. La neutralidad.

3. Requisitos para ser Mediador Concursal.

i. Tener la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles.

ii. Estar inscrito en la lista oficial del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia.

4. Marco general de sus funciones.

5. Actuaciones iniciales e informes.

i. Comprobación de la solicitud y de la documentación (art. 659 TRLC).

ii. Comprobación de los créditos (art. 660 TRLC).

iii. Créditos con garantía real.

iv. Colaboración necesaria para obtener la información.

6. ¿Quién debe pagar todos estos informes?.

7. Retribución del Mediador Concursal.

CAPITULO V. Nombramiento y aceptación del mediador concursal

1. Competencia para el nombramiento.

2. Sistema general de nombramiento y excepciones.

i. Sistema general.

ii. Excepciones al sistema de turno secuencial de nombramiento.

3. Plazo y número máximo de nombramientos.

i. Situación general.

ii. Norma especial COVID-19.

4. Constancia documental del nombramiento.

5. Aceptación del nombramiento.

6. Recusación del nombrado.

7. Renuncia del nombrado.

8. Régimen supletorio del nombramiento y aceptación.

CAPITULO VI. Comunicación del nombramiento.

1. Confluencia de varios expedientes en uno.
2. Comunicaciones a cargo del instructor.
3. Plazo para hacer la comunicación.
4. ¿Una comunicación anticipada del notario al juzgado?.
5. Forma de la comunicación.
6. Juzgado competente para el concurso de acreedores del deudor.
 - i. Naturaleza del procedimiento.
 - ii. Competencia objetiva.
 - iii. Competencia territorial.
 - iv. Elemento internacional.
 - v. Como regla, competencia del Letrado de la Administración de Justicia.
 - vi. Contenido de la comunicación.
 - vii. Recepción de la comunicación y contenido del decreto.
 - viii. Posibles controversias.
 - ix. Nuevas ejecuciones.
 - x. Carácter reservado.
7. Registros públicos de bienes.
 - i. Naturaleza del registro.
 - ii. Momento y forma de la comunicación.
 - iii. Ámbito objetivo.
 - iv. Contenido de la comunicación.
 - v. Control por parte del registro.
 - vi. Finalidad de la comunicación.
 - vii. La práctica de la anotación y su cancelación.
 - viii. Caducidad de la anotación.
 - ix. La inutilidad de la anotación y la posibilidad de prescindir de ella.
 - x. ¿Es posible un cierre registral, sin anotación previa?.
8. Registros públicos de personas.
 - i. Registro Civil.
 - ii. Registro Mercantil.
 - iii. Otros registros públicos de personas jurídicas.

9. Registro Público Concursal.

10. Agencia Estatal de la Administración Tributaria/Tesorería General de la Seguridad Social.

11. Representación de los trabajadores.

12. Órgano encargado de la ejecución.

CAPITULO VII. Efectos de la iniciación del expediente.

I. División en fases y sucesión de efectos.

1. Los efectos del procedimiento.

2. Su distinta tipología.

3. ¿Cuánto dura el expediente?.

i. ¿Hay un plazo? ¿Cuándo empieza?.

ii. ¿Continuación de las negociaciones superado ese plazo?.

iii. ¿Acaba el expediente con el acuerdo?.

II. Solicitud.

4. La solicitud, su admisión y los problemas del expediente notarial.

5. La continuación de la actividad.

6. Un inconcreto deber de abstención a cargo del deudor.

7. Y de los acreedores.

8. Cómputo del plazo a efectos de rescindibilidad.

9. ¿Y los efectos del cierre registral?.

10. ¿Quiénes son los acreedores afectados? ¿quiénes son los acreedores anteriores?.

III. Admisión de la solicitud.

11. Inicio del procedimiento.

12. Un efecto perdurable de la iniciación.

13. Supuestos excepcionales de interrupción de oficio del expediente por parte del instructor.

14. Interrupción a instancia del mediador concursal y supuestos de finalización anticipada.

i. Constatación anticipada de la imposibilidad del acuerdo.

ii. Falta de consentimiento del deudor.

iii. Irregularidades en la documentación.

iv. Constancia en acta de la finalización.

15. Desistimiento.

IV. Nombramiento y aceptación del mediador concursal.

- 16. El inicio de las negociaciones y su comunicación.
- 17. ¿Cuándo se suspende el devengo de intereses?
- 18. Renuncia del mediador y la posibilidad de un nuevo expediente.
- 19. Pérdida de soberanía deudor para instar su concurso.
- 20. Solicitud de aplazamiento.

V. Efectos de las comunicaciones.

- 21. La comunicación y el inicio de las negociaciones.
- 22. Efectos de la comunicación sobre los créditos a plazo.
- 23. Efectos de la comunicación sobre los pagos que vencen.
- 24. Efectos de la comunicación sobre los contratos.
- 25. Efectos de la comunicación sobre las garantías personales.
- 26. Paralización de ejecuciones.
 - i. Extensión de la suspensión.
 - ii. Manera de hacer efectiva la suspensión.
 - iii. Consecuencias de la contravención.
 - iv. Inicio o reanudación de ejecuciones.
 - v. De bienes en el extranjero.
- 27. ¿Y los juicios declarativos?
- 28. Efectos de la anotación preventiva en el registro de bienes.
- 29. Ejecución de las garantías reales.
 - i. El concepto de garantía real.
 - ii. Realización judicial o extrajudicial.
 - iii. Garantía financiera y pactos de compensación.
 - iv. La regla general favorable a la ejecución.
 - v. La excepción contraria a la ejecución.
 - vi. Posibilidad de iniciar la ejecución.
 - vii. Carácter necesario del bien/derecho o de la vivienda habitual.
 - viii. Inicio o reanudación de ejecuciones.
- 30. Créditos de derecho público.
- 31. Mejora de la situación de algún acreedor.
- 32. Efectos sobre la solicitud de concurso a instancia de legitimados distintos del deudor.
- 33. Efectos sobre la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso.
- 34. Posibilidad de un expediente posterior dentro del plazo de un año.
- 35. Comunicación de una dirección de electrónica.

VI. Publicidad.

36. Limitados efectos de la misma dentro del expediente.

VII. Final.

37. Situación especial en el estado de alarma por el COVID-19.

- i. Sobre la situación de los expedientes iniciados anteriormente y la posibilidad de iniciar otros nuevos.
- ii. Deber de solicitar el concurso.
- iii. Comunicación anterior al 31 de diciembre.

38. La Directiva (UE) 2019/1023.

- i. Presupuesto objetivo.
- ii. Situación del deudor y nombramiento de un administrador.
- iii. Suspensión de ejecuciones.
- iv. Procedimiento de insolvencia.
- v. Efectos sobre los contratos.

CAPITULO VIII. Procedimiento de adopción del acuerdo.

1. Cuestiones generales previas.

I. Convocatoria.

2. Plazo.

3. Destinatarios.

4. Forma.

5. Contenido.

6. Documentos complementarios a la convocatoria.

II. Reunión con los acreedores.

7. Fecha y lugar.

8. Asistencia.

- i. Asistencia del deudor.
- ii. Asistencia de los acreedores.
- iii. Trabajadores.
- iv. Consecuencias de la no asistencia.

9. Desarrollo de la reunión.

III. Mayorías para la adopción del acuerdo.

10. Pasivo computable.

11. Mayorías.

- i. Mayorías generales.
- ii. Mayorías reforzadas relativas.

12. Consentimiento del deudor.

IV. Actuación del mediador concursal en esta fase.

13. Documentación de la reunión.

14. Algo más que una simple mediación.

CAPITULO IX. Contenido y eficacia del acuerdo.

I. Contenido del acuerdo extrajudicial de pagos.

1. Evolución legal.

2. Tipicidad del acuerdo y efecto arrastre.

3. Contenido obligatorio, propuestas alternativas y condicionadas.

4. Esperas.

5. Quitas.

6. Conversión de los créditos.

i. Conversión en acciones/participaciones de la sociedad deudora o de otra sociedad.

ii. Conversión en créditos participativos por período no superior a diez años.

iii. Conversión en obligaciones convertibles.

iv. Conversión en créditos subordinados, en créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero con características, rango o vencimiento distintos de aquellos que tuvieron los créditos originarios.

7. Cesión en pago y para pago.

8. ¿Otros posibles pactos?

i. Fusión/escisión/cesión global.

ii. Previsiones para la realización de los bienes afectos.

iii. Nuevos créditos y nuevas garantías.

iv. Enajenación de bienes.

v. Limitación de facultades.

vi. Atribución de funciones al mediador concursal.

vii. ¿Y alguna obligación de hacer a cargo de los acreedores?.

9. Prohibiciones.

i. Alteración del rango.

ii. Liquidación global del patrimonio.

10. Limitaciones en caso de deudor persona física no empresario.

II. Documentos adjuntos a la propuesta.

11. Plan de pagos.

12. Plan de viabilidad.

III. Eficacia del acuerdo.

13. Extensión necesaria del acuerdo.

14. Extensión del acuerdo a los créditos con garantía real.

15. Eficacia objetiva del acuerdo.

16. Conservación de derechos.

17. Créditos públicos.

IV. Final.

18. Situación especial en el estado de alarma por el COVID-19.

19. La Directiva (UE) 2019/1023.

i. Posible contenido del plan.

ii. Aprobación del plan.

iii. El efecto arrastre entre clases y el arrastre del deudor.

iv. Condiciones para el arrastre.

v. La posición de los socios.

vi. Obligaciones de los administradores sociales.

CAPITULO X. Finalización del expediente. Mecanismos de control.

Impugnación y cumplimiento del acuerdo.

I. Finalización del expediente.

A) La elevación a escritura pública del acuerdo.

1. ¿Para qué la escritura pública de elevación a público del AEP?

2. Notario autorizante de la escritura.

3. Otorgante de la escritura.

4. Contenido de la escritura.

5. Control de la escritura de elevación a público.

i. Por el notario autorizante de la misma.

ii. Por el instructor del expediente.

6. Comunicaciones posteriores y publicación.

i. Para el caso de consecución de un AEP.

ii. Para el caso de no consecución de un AEP.

7. Actos de ejecución del acuerdo.

B) Finalización sin acuerdo.

8. Constatación de la imposibilidad de conseguir el acuerdo.

9. ¿Finalización por el mero transcurso del plazo?

II. Impugnación del acuerdo.

10. Mecanismos de control durante la tramitación del expediente y posteriores.

11. Legitimación activa.

12. Motivos de impugnación.

i. La falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo.

ii. La infracción de las normas previstas sobre el contenido de la propuesta.

iii. La desproporción de las medidas acordadas.

13. Legitimación pasiva.

14. Presentación de la impugnación.

15. Procedimiento.

16. La sentencia y sus efectos.

17. Publicidad de la sentencia.

18. El concurso consecutivo.

19. ¿Y otros mecanismos de impugnación?

III. Incidencias posteriores.

A) Cumplimiento del acuerdo.

20. Significado del cumplimiento.

21. Supervisión del cumplimiento.

22. Constancia del cumplimiento.

B) Incumplimiento del acuerdo.

23. Significado del incumplimiento.

24. ¿Es necesaria su constatación formal?

25. Eficacia resolutoria.

26. ¿Hay alternativas al incumplimiento?

i. Un cumplimiento tardío.

ii. Reclamación de cumplimiento por los acreedores o por el deudor.

iii. Modificación del acuerdo.

CAPITULO XI. Especialidades del concurso consecutivo.

I. Declaración del concurso de acreedores como consecutivo.

1. Sentido y función del concurso consecutivo.

2. ¿Es reversible el concurso consecutivo ya declarado?

3. Presupuesto objetivo general.

4. Presupuestos específicos.

i. AEP intentado.

ii. AEP incumplido.

iii. AEP anulado.

5. Legitimación para solicitar la declaración.

6. Deber especial de solicitar el concurso consecutivo.

7. Solicitud por el deudor o por el mediador concursal.

8. Solicitud por el acreedor.

9. Competencia para declarar el concurso consecutivo.

10. Presupuesto subjetivo y concursos conexos.

II. Régimen del concurso consecutivo.

11. Procedimiento abreviado.

12. Fases del concurso.

13. Administración concursal.

14. Informe de la administración concursal.

15. Impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

16. Presentación de los textos definitivos y remisión a los acreedores.

17. El convenio en caso de concurso consecutivo.

III. Los créditos en el concurso consecutivo.

18. Comunicación de los créditos.

19. Créditos subordinados especiales.

20. Créditos contra la masa.

a) Un difícil acotamiento temporal.

i. El sentido de la figura.

ii. ¿A quién beneficia y a quién perjudica?.

iii. ¿Han de ser créditos no afectados por el acuerdo?.

iv. Momento inicial.

v. Momento final.

vi. El doble criterio de calificación.

b) Gastos del expediente del AEP.

i. Los honorarios del mediador concursal.

ii. Los honorarios del instructor del expediente.

iii. Representación y defensa.

c) Créditos por alimentos.

i. Durante la tramitación del expediente.

ii. Los fijados por sentencia.

iii. Pensión compensatoria.

d) Nuevas financiaciones y endeudamientos.

i. Nueva financiación.

ii. Otras deudas.

e) Créditos derivados de la actividad empresarial o profesional del deudor.

f) Créditos laborales.

g) Créditos públicos.

IV. La liquidación de la masa activa.

21. El plan de liquidación.

V. Especialidades en materia de reintegración de la masa activa.

22. En el cómputo del plazo cubierto por las acciones de reintegración.

23. En relación con el acuerdo y los actos de ejecución del mismo.

24. Legitimación para el ejercicio de las acciones de reintegración.

VI. Especialidades en materia de calificación del concurso.

25. Presunciones de concurso culpable.

i. En el supuesto de conversión de los créditos.

ii. Por inexactitud.

26. Personas afectadas por la calificación del concurso.

27. Especialidades en materia de condena a la cobertura del déficit.

28. Calificación del concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos.

VII. El acuerdo extrajudicial de pagos y el beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho.

29. La situación legal de partida.

30. La postura del Tribunal Supremo.

31. El nuevo presupuesto objetivo de la exoneración.

32. ¿Qué se debe entender por requisitos para intentar un acuerdo?

33. Los supuestos de acuerdo intentado.

34. Sobre el objeto de la exoneración y sus efectos.

35. La Directiva 2019/1023.

ABREVIATURAS

AAP	Auto de Audiencia Provincial.
AC	Administrador Concursal.
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria.
AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos.
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos.
AJD	Actos Jurídicos Documentados
AJM	Auto de Juzgado Mercantil.
AJPI	Auto de Juzgado de Primera Instancia.
AMR	Administrador de Marcos de Reestructuración
AP	Audiencia Provincial.
AR	Acuerdo de Refinanciación.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BEPI	Beneficio de Exoneración de Pasivo Insatisfecho.
BOICAC	Boletín Oficial del ICAC.
CC	Concurso Consecutivo.
CCv	Código Civil.
CCC	Código Civil de Cataluña.
CCo	Código de Comercio.
CE	Consejo de Estado.
CGN	Consejo General del Notariado.
CGPJ	Consejo General de Poder Judicial.
CO	Concurso Ordinario.
COC	Cámara Oficial de Comercio.

CP	Código Penal.
DA	Disposición Adicional.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
EM	Estado Miembro.
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
JC	Juez del Concurso.
JG	Junta General.
JM	Juzgado Mercantil.
JPI	Juzgado de Primera Instancia.
JV	Jurisdicción Voluntaria.
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia.
LC	Ley Concursal.
LCJIMC	Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LGP	Ley General Presupuestaria.
LGT	Ley General Tributaria.
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria.
LH	Ley Hipotecaria.
LHM	Ley de Hipoteca Mobiliaria.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPACAP	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LVPBM	Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
MC	Mediador Concursal.
MF	Ministerio Fiscal.
MJ	Ministerio de Justicia.
N	Notario.
NIF	Número de Identificación Fiscal.
OM	Orden Ministerial
PAC	Propuesta Anticipada de Convenio
RB	Registro de Bienes.
RBM	Registro Bienes Muebles.
RC	Registro Civil.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Ley.
RH	Reglamento Hipotecario.
RM	Registro Mercantil.
RN	Reglamento Notarial.
RP	Registro de la Propiedad.
RPC	Registro Público Concursal.
RRM	Reglamento del Registro Mercantil.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
SJ	Secretario Judicial.
SJM	Sentencia Juzgado Mercantil.
SJPI	Sentencia Juzgado de Primera Instancia.
SMI	Salario Mínimo Interprofesional.
SN	Sistema Notarial.

SR	Sistema Registral.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas.
PAC	Propuesta Anticipada de Convenio.
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal.
TRLGSS	Texto Refundido de La Ley General de la Seguridad Social.
TRLITPAJD	Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
UE	Unión Europea.

CAPITULO I

Presentación

1. *Las instituciones para-concursales*: desde hace años en el plano internacional, y muy especialmente en la UE desde la importante Recomendación 2014/135/UE de la CE de 12/03/2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, asistimos a una aparente crisis del concurso de acreedores, entendido como institución. De un lado, por la vacilación a la hora de ordenar sus objetivos esenciales, ya sea como institución dispuesta para la mejor y mayor satisfacción de los acreedores, o bien orientada a favorecer la conservación de la unidad económica. De otro lado, por la manifiesta incomodidad de algún sujeto – consumidor- en un procedimiento de tanta complejidad formal y fuertemente judicializado. Esto ha favorecido una relativa privatización de los procedimientos de superación de la crisis, con el objetivo de sacar del estricto ámbito concursal la posibilidad de ciertos arreglos entre el deudor y sus acreedores, favoreciendo el desarrollo de un fenómeno que *grosso modo* podríamos calificar como para-concursal, por cuanto se sitúa al margen del concurso, pero -a pesar de ello- muy próximo a él.

De forma descriptiva podríamos caracterizar este fenómeno por tres rasgos:

- La extra-concursalidad: con independencia de que el concurso, o el mecanismo correspondiente en cada país, también permita la negociación de un arreglo con los acreedores, estos sistemas quieren evitar la aplicación en bloque de la disciplina propiamente concursal, situándose fuera del concurso, o en un estadio singular dentro del mismo. Se trata de negociar el arreglo a menor coste, tanto por el número y la remuneración de los sujetos que intervienen en su desarrollo, como por las formalidades necesarias y el tiempo consumido en ellas, incluido el coste reputacional de no sufrir públicamente el estigma del concurso.
- La pre-concursalidad: desde el punto de vista finalista, estos mecanismos están pensados para evitar la insolvencia, cumpliendo una

función preventiva, por eso se deben activar con la suficiente antelación, aunque el presupuesto objetivo también pueda situarse en plena situación de insolvencia, en cuyo caso no constituyen un medio para evitarla, sino una alternativa al concurso para salir de ella.

- La semi-concursalidad: por mucho que eviten el concurso, la huida del mismo no puede ser total, mediante limitar el arreglo a un puro convenio entre el deudor y sus acreedores, o sólo con algunos de ellos, opción por lo demás siempre disponible. Hay atributos concursales de los cuales no cabe prescindir cuando el empeño negociador se quiere acometer con unas mínimas garantías de éxito. Esta necesaria proximidad al concurso se manifiesta en tres ámbitos.

- Primero, en la necesidad de favorecer en un hipotético concurso posterior a los acreedores que han colaborado en la consecución del acuerdo y en su ejecución, ya sea evitando la rescisoria concursal para los actos o negocios fundados en el acuerdo, ya sea por la mejora de la calificación crediticia concursal de los nuevos créditos generados por razón del mismo.

- Segundo, es necesario proteger el mismo proceso de negociación, evitando que algunos acreedores se comporten estratégicamente. Su ámbito tradicional es la paralización de las acciones ejecutivas, o el bloqueo del concurso a instancia de otros sujetos.

- Tercero, por la posibilidad de superar el dogma de la relatividad de los contratos y hacer que esos acuerdos finalmente afecten a quien no los ha aprobado, incluso, a quien tampoco ha querido intervenir en la negociación.

Pero esta equivalencia mitigada también exige una contrapartida. No es concebible que algunos de estos resultados extravagantes de la normalidad contractual se generen sin más por el acuerdo entre las partes, en ocasiones, ni tan sólo de todas las partes afectadas, cuando vinculan al discrepante. Se producen así interferencias típicamente concursales con finalidad de tutela y de garantía. Unas veces por la intervención en alguna de las fases de la negociación de instituciones que son propias del concurso (judiciales/administrativas), o de las configuradas específicamente para este trámite. Otras por la imposición al deudor de ciertas limitaciones o condicionantes, normalmente de carácter temporal, para evitar la sobrecarga

de su pasivo o el deterioro de su activo por la salida de bienes esenciales. Combinadas de una o de otra manera, con mayor o menor intensidad, estas características se entrecruzan en las distintas soluciones que legislativamente han florecido en la UE en los últimos años, y muy especialmente están presentes en los mecanismos pre-concursales que se han instaurado en nuestro país de forma escalonada desde 2009.

Objeto de nuestra atención en esta obra es una institución, por sus características, casi diríamos que endémica de nuestro país, el AEP. La singularidad de esta solución frente a otras de Derecho Comparado está en la –casi- completa huida del JC, pues no se ha considerado oportuno que el expediente dependa del JC para su tramitación, ni siquiera por medio de una homologación final para que tenga lugar el “efecto de arrastre” de los acreedores disidentes. Pero tampoco se ha confiado la fase de negociación a la exclusiva soberanía de los particulares. Al contrario, quizá para justificar esos efectos exorbitantes que se producen sin intervención del JC, el AEP se ha configurado como un verdadero procedimiento, y además bastante rígido en comparación con la alternativa del AR.

No es solo que la negociación haya de sujetarse a reglas específicas para producir determinados efectos, además debe transitar por senderos muy definidos, caracterizados por la intervención de unos agentes externos, distintos del deudor y de los acreedores. Por todo ello, y jugando con las palabras, podríamos decir que en la galaxia para-concursal española, en comparación con el AR o la PAC, el AEP se presenta como un procedimiento pseudo-concursal, o como se ha dicho por algún autor, una especie de mini-concurso¹. Incluso, hasta cierto punto constituye la fase previa de un posible concurso futuro, del que casi tiene naturaleza preparatoria, y por eso recibe hasta un nombre específico, como CC, por contraposición al que entonces sería CO (pensemos en la continuidad del MC como AC, en la no necesidad de comunicar ciertos créditos, en la calificación de algunos créditos como créditos contra la masa, en la prórroga de jurisdicción del JC que intervino en la impugnación del AEP)².

2. *El despliegue legal del acuerdo extrajudicial de pagos*: como todas las instituciones para-concursales de nuestro país, el AEP tiene una vida todavía muy corta, pues la LC en su día presumió justamente de todo lo contrario, de haber consagrado la unidad del procedimiento. Se instaura con la Ley 14/2013 de 27/09/2013, de apoyo a los emprendedores y su

internacionalización, como una pieza más dentro del elenco de mecanismos pre-concursales disponibles junto al AR del entonces art. 71.6 LC, y su variante homologada judicialmente de la DA 4ª LC, entonces como un procedimiento circunscrito a los empresarios.

Al margen de la figura del MC, el rasgo más singular del AEP que entonces se implantó es que se trataba de un procedimiento notarial/registral. Es interesante reparar en cómo se fue gestando la intervención de estos funcionarios, y para ello, buscando antecedentes remotos, debemos mencionar el Anteproyecto de ROJO de 1996, donde un arreglo similar era calificado como suspensión de pagos, pero estaba a disposición de cualquier deudor, fuese persona natural o jurídica. En cambio, la competencia solo correspondía al RM, también para los sujetos no inscribibles, aunque se iniciaba con un acta notarial. Pero la presencia judicial era más intensa, pues ante el juez se podía instar directamente el sobreseimiento por determinadas causas, la inclusión/exclusión/modificación de créditos o de su calificación, el nombramiento de un interventor a instancia de los acreedores (haciendo necesaria la autorización para determinados actos del deudor, so pena de ineficacia), y, sobre todo, la necesidad de aprobación judicial del convenio. Posteriormente, durante la tramitación de la reforma de la LC en el año 2011, se presentaron dos enmiendas para instaurar un procedimiento notarial destinado a la liquidación patrimonial por sobre-endeudamiento de las personas naturales, con independencia de su actividad (consumidor o empresario), por medio de un letrado colegiado en quien se delegaba su negociación, que llegaron a aprobarse en el Senado, pero se rechazaron en el Congreso a cambio de un compromiso futuro de regulación. Si pasamos ya a la gestación del sistema de la Ley 14/2013, el cambio de orientación entre una primera y una segunda versión del Anteproyecto resultó bastante significativo. No sólo porque en un texto de marzo de 2013 se incluía cualquier persona natural en situación de sobre-endeudamiento, también, en lo que ahora nos interesa destacar, porque la tramitación era exclusivamente a cualquier cargo del RM, aunque con elevación final del acuerdo a escritura pública³.

Las sucesivas reformas de la legislación concursal llevadas a cabo por el RDL 4/2014 de 07/03/2014, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (finalmente, Ley

17/2014 de 30/09/2014) y por el RDL 11/2014 de 05/09/2014, de medidas urgentes en materia concursal (finalmente, Ley 9/2015 de 25/05/2015), apenas incidieron de forma directa en el AEP, fuera de la modificación del art. 5.bis LC para incluir una alusión al AEP, no demasiado bien coordinada con el entonces art. 235 LC. En cambio, sí que lo hicieron indirectamente al provocar un claro contraste entre el AEP y el AR o el convenio concursal, pues persistía para el primero una estricta limitación de contenido y la completa exención de los acreedores dotados de garantía real, restricciones que habían desaparecido en las otras figuras.

El RDL 1/2015 de 27/02/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (finalmente, Ley 25/2015 de 28/07/2015), puso fin a esa asimetría, al tiempo que incorporaba cambios importantes en los presupuestos y en la tramitación del expediente de AEP. En particular por la incorporación de los consumidores al AEP mediante una variante exclusivamente notarial del procedimiento.

3. *El texto refundido de la Ley Concursal*: en esta situación el TRLC constituye la excusa perfecta para acometer un estudio como el presente. Por su propia naturaleza de texto refundido, no estamos ante una modificación a fondo del expediente de AEP. La delegación legislativa no lo permitía. No obstante, dentro del encargo conferido al Gobierno de proceder a “*la regularización, la aclaración y la armonización*” de las normas legales, el libro II dedicado al derecho pre-concursal ha sido una de las partes que más modificaciones ha experimentado. No solo por las aclaraciones y los cambios sistemáticos introducidos, también porque en algunos puntos los ajustes en la literalidad y la aclaración de redacciones han llevado al límite la habilitación gubernativa, hasta el extremo de generar en ocasiones la sospecha de que -quizá- el Gobierno se haya sobrepasado⁴. Pero, a la inversa, no han podido solventarse otros claros defectos de la regulación previa, precisamente para no superar los límites del encargo.

El objeto de este trabajo es la regulación del nuevo TRLC, destacando especialmente aquellos cambios – o aclaraciones- que se han introducido. Además, como ha destacado el informe del CGPJ, con la nueva sistemática se facilita la futura trasposición de la Directiva de la UE a la que después haremos referencia⁵.

4. *Un expediente complejo y plural*: el punto de mayor contraste con el AR está en la pesada carga procedimental que soporta el AEP, aunque,

paradójicamente, después se compensa con una nula intervención judicial a la hora de extender sus efectos a los acreedores disidentes, pues el AEP no se homologa por el JC. En ese sentido, de forma muy esquemática podríamos decir que en el procedimiento de AEP confluyen tres expedientes interconectados entre sí, pero en gran medida autónomos, que deben clasificarse en función de los agentes externos que intervienen:

- El expediente de apertura, nombramiento y conclusión: a cargo del que podemos llamar instructor del AEP, es decir, el RM/N/COC, que tiene por objeto recibir la solicitud del deudor, comprobar los requisitos de apertura del expediente, nombrar al MC y, una vez aceptado el encargo por este, realizar una serie de trámites tasados de comunicación y publicidad. A partir de ese momento el papel del instructor, cuando se limite a este cometido (no sería el caso de la COC y, en ocasiones, del notario, cuando actúe como MC), es de mero narrador de las incidencias posteriores del otro expediente a cargo del MC, en particular, para dejar constancia de la consecución o no del AEP. En cualquier caso, es un expediente que solo se sigue con el deudor solicitante, aunque luego se añade el MC, sin citación de otros interesados, comparecencia, trámite de alegaciones o posibilidad de oponerse.
- El expediente de negociación: a cargo del MC y también regulado con detalle en la ley en cuanto a sus trámites y plazos. Es un expediente autónomo del anterior, pues el MC no debe dar cuenta al instructor de sus incidencias, ni recabar su apoyo, solo comunicarle el resultado. Otro tanto en relación con el JC, pues el MC no le informa sobre la lista y naturaleza de los créditos, y no se ha previsto el control aislado de sus decisiones. Tampoco está sujeto a control directo el resultado final, aunque el AEP se deba elevar a escritura pública, pues el notario no homologa el AEP, y en ese sentido su verificación es meramente formal. El único control es por medio de su impugnación judicial, y aun éste resulta de alcance limitado.
- El expediente jurisdiccional: aunque el AEP es un procedimiento extra-judicial, la intervención del JC sí que está prevista para la impugnación del AEP, y en alguna otra incidencia concreta. Pero ahora interesa destacar un procedimiento específico, de singular importancia en todas las modalidades de negociación, no solo en el AEP. Se trata de la comunicación al JC de la existencia de negociaciones, punto de

partida para la producción de importantes efectos sobre los créditos, las ejecuciones y la solicitud de concurso. Es un procedimiento a cargo del LAJ y sujeto a posible recurso de revisión.

Estos tres expedientes despliegan sus efectos de manera coordinada y sucesiva, según se van completando las distintas fases del procedimiento del AEP, pero cada uno responde a sus propias reglas, ya dentro del mismo TRLC. No solo eso, para complicar las cosas todavía un poco más, respecto de los instructores hay que estar a su regulación sectorial, es decir, a la propia del RM, a legislación notarial, o al reglamento correspondiente de la COC, lo cual vuelve a provocar diferencias entre ellos. La remisión genérica del art. 654 TRLC a lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes, para todo lo no previsto en la ley en cuanto al nombramiento y aceptación del mediador concursal, resulta muy útil tratándose del RM, pero no tanto del notario, al que no se aplica el RRM. En ese sentido, la ausencia de una regulación específica del expediente notarial de AEP genera muchas incertezas, a las que no resulta fácil dar respuesta en la práctica

(p. ej., algo tan importante como los recursos, v. III/11/iii). Cabe buscar auxilio en una regulación marco como sería la legislación de JV, pero, así como esta calificación es defendible para el N/RM, es más discutible cuando se trata de la COC, que no es órgano de la JV. Parece que, en el caso de ésta, su intervención como MC absorbería la de tipo instructor, por ser instrumental a la misma. El problema es que, entonces, idéntica absorción sería predicable del notario cuando actúa como MC, aunque respecto de este funcionario no parece que se pueda diluir por completo su actuación meramente instructora. Sigue siendo necesario separarlas, en cuyo caso la imagen de un expediente que será de JV, según la condición de sus cambiantes instructores, no deja de resultar chocante. En cambio, para el expediente que hemos llamado jurisdiccional, sí que resulta útil -y, creemos, indudable- su identificación con los procedimientos de JV, lo que nos remite, también, a la aplicación supletoria de la LEC (art. 8 LJV).

5. *Sus dificultades en la práctica:* pero la existencia del AEP no parece que esté siendo muy feliz. Nos atreveríamos a decir que es una figura no especialmente querida, ni por los llamados a verse favorecidos por ella, ni por los encargados de gestionarla. Respecto de los deudores, quizá las pequeñas y medianas empresas de forma societaria puedan preferir el AEP

al AR, y acudan a él realmente con la voluntad de llegar a un acuerdo con los acreedores, pero las personas físicas normalmente lo ven como un mero trámite para acudir después al BEPI en el CC, y en gran medida solo es así por la interpretación que se ha impuesto en la valoración del requisito de haber intentado antes el AEP (situación que ha cambiado en el TRLC, v. XI/VII). Respecto de los gestores externos, tampoco se puede decir que el AEP suscite un gran entusiasmo. Acostumbrados a que N/RM pugnen por llevarse una competencia, no deja de resultar curioso que en este ámbito sea al revés, y que la DGRN/DGSJFP tenga que intervenir para imponerla a quien no la quiere⁶. En cuanto al MC, después veremos que uno de los grandes problemas del AEP está en la falta de aceptación del encargo.

6. *Propósito de la obra:* desde estas premisas generales, el objetivo de la presente obra es doble. Por un lado, pasar revista al estado actual del AEP, tanto en la práctica judicial/registral/notarial reciente, como en las aportaciones doctrinales más destacadas, poniendo especial énfasis en las dificultades que encuentra en su aplicación. Por otro lado, examinar los cambios introducidos en el TRLC para ver cómo queda el “nuevo” AEP, pues, aunque -teóricamente- solo se trate de aclaraciones de la situación legal preexistente, se han introducido novedades –“aclaraciones”, si se prefiere- de gran calado. Por esta razón, prestaremos especial atención a la incidencia que la nueva regulación del BEPI puede tener en la aplicación práctica del AEP.

7. *La situación creada por el estado de alarma provocado por el COVID-19:* la necesidad de arbitrar una regulación de urgencia en la situación generada por el estado de alarma, forzó algunas medidas con incidencia en el AEP. Esas medidas se adoptaron en el RDL 8/2020 de 17/03/2020, pero fueron modificadas posteriormente por el RDL 16/2020 de 28/04/2020, pero serlo -otra vez- en la Ley 3/2020, de 18/09/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, resultante de la tramitación de aquel como proyecto de ley. Algunas de ellas han perdido todo interés práctico con el decaimiento del estado de alarma, pero otras todavía serán aplicables durante un tiempo después del mismo, y seguirán en vigor cuando esta obra vea la luz. A pesar de ello, vale la pena recordar algunas de las dudas que entonces se plantearon, sobre todo porque ponen de manifiesto el difícil encuadramiento de un expediente tan complejo y múltiple como este, donde

concurren distintos “agentes” externos, cada uno sujeto a reglas de procedimiento distintas, y de dispar naturaleza. Cuando una situación tan excepcional como la que nos tocó vivir, demanda intervenciones también excepcionales, existe el riesgo de que, por precipitación, sólo se toque un aspecto de la regulación, y no otros, dejando un resultado final todavía más confuso. En ese sentido la excepcionalidad del estado de alarma ha servido para extremar algunas de las incoherencias, o puntos más débiles, del régimen jurídico del AEP, y por eso le vamos a prestar alguna atención, aunque se trate de una situación -por fortuna- transitoria.

8. *Perspectivas de reforma por la Directiva 2019/1023*: aunque esta obra está centrada en la situación “que es”, tampoco puede desconocer la “que será”, y por eso también vamos a prestar atención a la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración. De todos modos, ahora nuestro objetivo no es el estudio de esta Directiva, solo aventurar por dónde pueden ir los cambios en relación con el AEP, sin profundizar mucho más.

Para ello, conviene empezar destacando los tres procedimientos básicos que la Directiva 2019/1023 tiene en cuenta:

- Los procedimientos de insolvencia en sentido estricto, ámbito propio de la legislación nacional de cada EM, respecto de los cuales la regulación en el ámbito de la UE es básicamente conflictual y de coordinación judicial – Reglamento 2015/848-, aunque la Directiva 2019/1023 también establece una serie de medidas destinadas a aumentar su eficiencia.
- Los procedimientos de reestructuración, pensados para deudores en dificultades financieras, pero viables, llamados a activarse antes de que se encuentren en situación de insolvencia, configurados como alternativa a los anteriores. Es un ámbito en el cual la UE -con independencia de que también les pueda resultar aplicable el anterior Reglamento 2015/848- busca con la Directiva 2019/1023 una armonización material mínima, pero no mediante la regulación detallada de un determinado procedimiento, sino por el establecimiento de unos principios o reglas básicas que forman lo que llama “*marcos de reestructuración preventiva*”, marcos que en el ámbito nacional pueden comprender varios

procedimientos distintos entre sí, o un conjunto de medidas, con la posibilidad de un procedimiento *ad hoc* donde se elijan solo algunas de las herramientas que se establecen. Incluso, los EEMM pueden mantener otros marcos distintos de los previstos en la Directiva 2019/1023. La cuestión es que haya algún procedimiento que cumpla los requerimientos mínimos de esta⁷.

- Los procedimientos de exoneración de deudas, donde los EEMM se obligan a contar al menos con un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas, limitando también la duración de las órdenes de inhabilitación que hubieran podido dictarse por razón de la insolvencia. Estos procedimientos pueden vincularse a otros procedimientos que incluyan un plan de pagos o una ejecución de activos, o ser completamente autónomos.

Supuesto lo anterior, la única cuestión que ahora nos interesa es de qué modo la Directiva 2019/1023 obliga a reconfigurar el expediente de AEP, por razón de esos marcos de reestructuración preventiva. Para ello hay que tener en cuenta, de entrada, que los marcos de reestructuración son aplicables al empresario, persona física o jurídica, pero los EEMM podrán limitarlos a las segundas (art. 1.4.II). En cambio, los procedimientos de exoneración se limitan a los empresarios personas físicas, pero los EEMM pueden ampliarlos a quienes no lo sean (art. 1.4.I). Por otro lado, y como ya hemos dicho, en cada EM pueden existir otros marcos distintos, es decir, que respondan a otras reglas y otros principios. Siendo así, España deberá decidir hasta qué punto quiere mantener la unidad en el expediente de AEP, pues el procedimiento es el mismo, con independencia de que sean distintos los instructores, y haya algunas especialidades en el caso de consumidor. Por tanto, nada se opondría a que un nuevo expediente de AEP ajustado al marco de la Directiva 2019/1023 también fuera aplicable al consumidor, pero, a la inversa, los consumidores podrían igualmente quedar aparcados en otro específico para ellos, y con regulación más flexible, ya que no se habría de ajustar entonces al marco UE. Cuestión distinta es la incoherencia que puede generar una diferencia muy acusada entre esos sistemas, en particular cuando se trate de empresario persona física. Ya no sería solamente un problema de competencia objetiva del instructor o del JC.

Por otro lado, el marco diseñado por la Directiva 2019/1023 es muy flexible, en el sentido de que permite una amplia combinatoria de reglas y de